

Zorgvuldig en verdeeld?

Citation for published version (APA):

Jansen, O. J. D. M. L. (2018). Zorgvuldig en verdeeld? Over de bestuursrechtelijke machtenscheiding in zelfstandige bestuursorganen met de functiescheidingseis. *Tijdschrift voor Toezicht*, (4), 114-124. <https://doi.org/10.5553/TvT/187987052018009004005>

Document status and date:

Published: 01/01/2018

DOI:

[10.5553/TvT/187987052018009004005](https://doi.org/10.5553/TvT/187987052018009004005)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Zorgvuldig en verdeeld?

Over de bestuursrechtelijke machtenscheiding in zelfstandige bestuursorganen met de functiescheidingseis

Oswald Jansen*

In Nederland geldt een niet al te strenge eis om bij de oplegging van een bestuurlijke boete de functie van het achterhalen en vaststellen van overtredingen (toezicht) te scheiden van die om daarvoor een bestuurlijke boete op te leggen en voor te bereiden (de functiescheiding). Juist in het financiële bestuursrecht wordt daarover al langere tijd gediscussieerd. In deze bijdrage worden niet alleen de geschiedenis van de discussie over deze functiescheidingseis geschetst en de verder gaande invullingen daarvan in de Verenigde Staten, Frankrijk en België beschreven, ook komt de rechtspraak daarover aan de orde van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Nu de boetemaxima steeds hoger worden, wordt de druk groter op de waarborgen die in de besluitvormingsfase hebben te gelden. Dat geldt niet alleen voor verdedigingsrechten, maar waarschijnlijk ook voor functiescheiding. De rechter kan een strengere invulling van de functiescheidingseis echter niet afdwingen. Dat is aan de wetgever.

Inleiding

De verplichting in het boeterecht om de voorbereiding van een boetebesluit bij een ander neer te leggen dan degene die de beboetbare gedraging heeft ontdekt, de als mandaatverbod in artikel 10:3 lid 4 Awb vormgegeven

functiescheidingseis, is vooral in het financieel bestuursrecht geen rustig bezit gebleken. Meer dan twaalf jaar geleden deed het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) een belangrijke uitspraak over de functiescheidingseis bij de boeteoplegging aan MeesPierson, inmiddels overgenomen door Fortis Bank.¹ Op 12 oktober 2017 deed het College weer twee voor dit leerstuk belangrijke uitspraken.² Op 19 maart 2018³ en 7 augustus 2018⁴ deed het College uitspraken waarin onder verwijzing naar de twee uitspraken uit oktober 2017 een mede op het Handvest en EVRM gebaseerde stelling dat de functiescheidingseis was geschonden, werd verworpen.

Een iets andere functiescheidingseis was die van artikel 54a (oud) Mededingingswet (Mw).⁵ En ook daarover deed het CBB een belangrijke uitspraak.⁶ In die met de Instellingswet ACM ingetrokken bepaling was geregeld

1. CBB 9 februari 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682, AB 2006/292 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. De poging van ABN AMRO om met een herzieningsverzoek in de eigen zaak tot een vergelijkbaar resultaat te komen mislukte. Zie ABRvS 26 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI0948, AB 2009/355 m.nt. R. Ortlep.
2. CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, AB 2018/41 m.nt. R. Stijnen, JOR 2017/325 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5395) en CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42 m.nt. R. Stijnen (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836).
3. CBB 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:53.
4. CBB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413.
5. Zie ook Rb. Rotterdam 6 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5391; Rb. Rotterdam 14 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9426.
6. CBB 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737, AB 2011/328 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook CBB 9 februari 2006, ABW 03/918, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682. Na de uitspraak van het CBB over art. 54a Mw (oud): Rb. Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689; Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8610.

* Prof. mr. O.J.D.M.L. Jansen is hoogleraar Europees bestuursrecht en openbaar bestuur aan de Universiteit van Maastricht en advocaat bij Resolució te Den Haag.

dat de werkzaamheden in verband met de voorbereiding van boetebesluiten moesten worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het opstellen van het boeterapport en bij het daaraan voorafgaande onderzoek. Vanaf de inwerkingtreding had de Mededingingswet een strikt onderscheid (*Chinese walls*) tussen toezicht en onderzoek dat was vormgegeven naar het onderscheid tussen toezicht en het opsporingsbegrip uit de Wet op de economische delicten. In de betrokken zaak was enig nader onderzoek nodig, en dat werd niet verricht door de afdeling belast met het opstellen van boeterapporten (de toezichthouders), maar door de onderzoekers, en dat was volgens het CBb in strijd met artikel 54a Mw (oud).

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan de zojuist genoemde uitspraken van het CBb. Dat betekent overigens niet dat de rechtspraak over de functiescheiding van andere bestuursrechters⁷ buiten beschouwing blijft. Voordat ik aan bespreking van de rechtspraak van het CBb toekom, beschrijf ik eerst de geschiedenis van de functiescheidingseis. Daarna laat ik zien dat een verdergaande functiescheidingseis in een aantal andere landen niet ongebruikelijk is. In het financiële bestuursrecht van een aantal andere landen wordt in toenemende mate voorzien in een sanctiecommissie die binnen de markt- autoriteit een onafhankelijke positie heeft en die belast is met het opleggen van bestuurlijke boetes. Vervolgens bespreek ik kort rechtspraak van het EHRM over de functiescheidingseis. Ik kom daarna terug op de rechtbankuitspraken in eerste aanleg die in het hoger beroep werden beoordeeld in de uitspraken van het CBb die in deze bijdrage centraal staan. Vervolgens bespreek ik die CBb-rechtspraak, daarna beoordeel ik die en ten slotte kom ik 8 tot enkele aanbevelingen.

De wetgevingsgeschiedenis van de functiescheidingseis⁸

De jaren negentig zijn van groot belang voor de ontwikkeling van het huidige boeterecht, en meer in het bijzonder voor die van de functiescheidingseis.⁹ Op 2 november 1993 bood de regering het wetsvoorstel tot

herziening van het stelsel van administratieve boeten in de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan (23470).¹⁰ Hiermee werd niet alleen de benaming verzuim- en vergrijpboeten geïntroduceerd, maar ook een regeling van de boete-inspecteur. Het wetsvoorstel volgde op de aanbevelingen van de commissie-Van Slooten uit 1992.¹¹ De aanleiding voor het instellen van deze commissie was de rechtspraak van de belastingrechter, waarin het tot dan toe bestaande stelsel van fiscale boetes met artikel 6 EVRM in de hand was verbouwd. Er was op dat moment overigens al een ander wetsvoorstel aanhangig tot herziening van het boetestelsel,¹² maar de regering koos voor een nieuw wetsvoorstel in plaats van een nota van wijziging in verband met de grote omvang van de wijzigingen. De introductie van een onafhankelijke functionaris van de Belastingdienst die zou beslissen over het opleggen van een zware boete valt rechtstreeks op de bevindingen van deze commissie terug te voeren. De regering volgde dit voorstel, en schreef onder meer:

De Commissie doet dit voorstel – naar ons oordeel terecht – niet omdat dit op grond van de mensenrechtenverdragen noodzakelijk zou zijn, maar meent dat de oplegging van (vergrijp)boeten behoort te geschieden door een andere autoriteit dan de aanslagregelende ambtenaar. Door de verantwoordelijkheid voor het opleggen van boeten op te dragen aan een afzonderlijke autoriteit, kan worden bereikt dat de waarborgen waarmee de boeteoplegging is omkleed – met name bij die van vergrijpboeten beter gestalte krijgen. Bovendien wordt door het aanbrengen van een scheiding tussen aanslagregelende ambtenaren en boete-inspecteurs beter tot uitdrukking gebracht dat de ‘verdachte’ belastingplichtige aanspraak kan maken op een bij die status passende rechtsbescherming.¹³

Onder druk van bedenkingen in zowel de Tweede¹⁴ als de Eerste Kamer¹⁵ werd de boete-inspecteur uit het wetsvoorstel gehaald met een nota van wijzigingen bij de voorgestelde invoeringswet.¹⁶ De volksvertegenwoordiging vond het bij uiteenlopende functionarissen leggen van de vaststelling van de belastingaanslag en het opleggen van de bestuurlijke boete onpraktisch en inefficiënt. Nog steeds is de functiescheidingseis uitdrukkelijk niet van toepassing op de fiscale boete (art. 67pb Awr).¹⁷

7. Enkele uitspraken van de Centrale Raad van Beroep: CRvB 17 april 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1438; CRvB 19 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3806; Enkele uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak: ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:29; ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:26, AB 2015/185 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen; ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0355.
8. Ik bouw hier voort op mijn annotatie bij CBb 9 februari 2006, AB 2006/292.
9. Dat neemt niet weg dat er iets eerder ook belangwekkende documenten voor het boetewetgevingsbeleid werden gepubliceerd, zoals met name de NJV-preadviezen van G.J.M. Corstens en F. Schaffmeister uit 1984 over civielrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke rechtshandhaving en het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid ‘Rechtshandhaving’, Den Haag 1988. En natuurlijk ben ik de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder) niet vergeten (*Kamerstukken II* 1987/88, 20329, 1-3). Ze zijn echter voor de functiescheidingseis als zodanig van minder groot belang.

10. *Kamerstukken II* 1993/94, 23470, 1-2.
11. De commissie bestond uit J. van Slooten, J.P. Scheltens en G.J.M. Corstens.
12. Wetsvoorstel tot wijziging van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de herziening van het stelsel van administratieve boeten en van de bevoegdheid tot navordering (21058).
13. *Kamerstukken II* 1993/94, 23470, 3, p. 11.
14. *Handelingen II* 1995/96, p. 67-4636 t/m 67-4644.
15. *Handelingen I* 1995/96, p. 40-2004 t/m 40-2028.
16. *Kamerstukken II* 1996/97, 24800, 5, p. 13.
17. Zie voor de parlementaire geschiedenis daarvan *Kamerstukken II* 2003/04, 29702, 3, p. 154.

Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (1994)

Op 12 januari 1994 bood de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten haar rapport Handhaving door bestuurlijke boeten aan. Er was een aantal boeteregelingen voorgesteld of nog in voorbereiding,¹⁸ en dat betekende een fundamentele wijziging volgens deze commissie. Deze noodzaakte volgens haar tot het formuleren van criteria voor de keuze voor een boeteregeling en van uitgangspunten voor de inhoud daarvan. Een van de onderwerpen was de vraag wie tot het opleggen van de bestuurlijke boete bevoegd zou moeten zijn.¹⁹ Volgens de commissie lag het gelet op het streven naar het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving, voor de hand het bestuursorgaan zelf met het opleggen ervan te belasten. Dat veronderstelt dat volledige onafhankelijkheid, die wel bestaat bij het door de strafrechter opleggen van de bestraffende sanctie, niet kan worden bereikt. Zolang het boetebesluit aan een onafhankelijke rechter kan worden voorgelegd, en de wet nauwkeurig vastlegt in welke gevallen het bestuur een boete kan opleggen, is dat volgens deze commissie minder bezwaarlijk. Toch meende de commissie dat voorzieningen moeten worden getroffen binnen het bestuursorgaan om feitelijke distantie tussen boeteoplegger en uitvoerend ambtenaar te bewerkstelligen. De regeling van een boete-inspecteur sprak de commissie aan, maar:

Of een dergelijke constructie in de procedure tot boeteoplegging gemakkelijk kan worden ingebouwd, zal sterk afhangen van de betreffende wettelijke regeling. Het ligt voor de hand om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de bestaande bevoegdhedenstructuur en niet te snel speciaal voor de boeteoplegging te besluiten tot instelling van een nieuw orgaan.²⁰

Op 1 juli 1994 gaf de regering aan het advies van de commissie te volgen. Ook zij wilde aansluiten bij de bestaande bevoegdhedenstructuur, en voegde daar nog aan toe:

In dat licht bezien is denkbaar dat een zelfstandig bestuursorgaan [dat] thans reeds met het toezicht op de naleving van de wet is belast, ook het orgaan wordt dat bevoegd is om boeten op te leggen. De beoogde scheiding tussen de diverse functies zal in dat geval binnen die organisatie gerealiseerd moeten worden.²¹

18. Naast het zojuist kort besproken wetsvoorstel tot herziening van het fiscale boetestelsel, was dat het nimmer ingevoerde conceptwetsvoorstel voor bestuurlijke boeten in de visserij, de introductie van de bestuurlijke boete in het socialezekerheidsrecht, het onderzoek naar de introductie van de bestuurlijke boete in het milieurecht, de voorgenomen Mededingingswet, de introductie van de bestuurlijke boete in de toenmalige Wet persoonsregistraties en de voorbereiding van de Awb-boeteregeling door de commissie Scheltema.

19. Rapport Handhaving door bestuurlijke boeten, p. 48-49.

20. Rapport Handhaving door bestuurlijke boeten, p. 49.

21. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 400 VI, nr. 48, p. 13.

Wet BMTI

Op 21 september 1994 bood de regering het voorstel van de Wet boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid (Wet BMTI) aan, waarmee de bestuurlijke boete in een groot aantal socialezekerheidswetten werd geïntroduceerd.²² De regering legt uit dat hier werd afgezien van het regelen van een boetefunctionaris bij het vormgeven van de functiescheidingseis, omdat dat problematisch zou zijn voor kleinere gemeenten. Ook zou er in de praktijk al sprake zijn van enige vorm van functiescheiding.²³

Financieel bestuursrecht

In andere boeteregelingen dan die in het fiscale recht en het socialezekerheidsrecht werd de functiescheidingseis wel zeer regelmatig opgenomen. Dat geldt ook voor het financieel bestuursrecht, waar de bestuurlijke boete werd geïntroduceerd met de Wet bepalingen dwangsom en bestuurlijke boete (Wet IDBB).²⁴ Het ging om bepalingen als artikel 48l Wet toezicht effectenverkeer.²⁵ De bijbehorende toelichting was tamelijk summier en in lijn met de hiervoor weergegeven opvatting van de regering.²⁶ Omdat de regering door de Kamer tamelijk kritisch werd onderhouden over de functiescheiding (en de volksvertegenwoordiging aandrang op een organisatorische scheiding in verschillende kamers), bracht de regering in de nota naar aanleiding van het verslag naar voren:

In het wetsvoorstel is gekozen voor verplichte functiescheiding, waarbij kan worden gedacht aan een organisatorische scheiding van de uitvoering van het toezicht en sanctieoplegging ('enforcement') in verschillende afdelingen binnen de toezichthouders. In dit kader zullen de toezichthouders er derhalve voor moeten zorgen dat niet dezelfde personen bij de uitoefening van toezichttaken een overtreding constate-

22. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nrs. 1-3.

23. *Kamerstukken II* 1994/95, 23 909, nr. 3, p. 18-19. Zie hierover al de volgende bijdragen uit W.G.A. Hazewindus & O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Deventer: Kluwer 1995: W.G.A. Hazewindus, 'Bestuurlijke boeten overzicht', p. 31-32; L.J.J. Rogier, 'Het boetestelsel van de Wet Mulder', p. 130 en O.J.D.M.L. Jansen & W.G.A. Hazewindus, 'Inleiding', p. 12-13.

24. *Kamerstukken II* 1997/98, 25821, 1-3. Voluit de wet 'Opneming in de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, van bepalingen betreffende handhaving door middel van een dwangsom of een bestuurlijke boete en van bepalingen betreffende de rechtsgang'.

25. De betrokken bepaling in de Wet toezicht effectenverkeer 1995 luidde: 'De werkzaamheden in verband met het opleggen van een dwangsom of van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.' Dezelfde tekst kon worden teruggevonden in art. 33l Wet toezicht beleggingsinstellingen, art. 90l Wet toezicht kredietwezen 1992, art. 93l Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, art. 188l Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, art. 23k Wet inzake de wisselkantoren, art. 13k Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en art. 9j Wet financiële betrekkingen buitenland 1994.

26. Zie *Kamerstukken II* 1997/98, 25821, 3, p. 4-5.

ren en vervolgens zijn belast met het opleggen van dwangsommen en bestuurlijke boeten. Voor de wijze waarop zij dit resultaat bereiken zijn zij in eerste instantie zelf verantwoordelijk. De organisatorische maatregelen die worden getroffen zullen uiteraard wel door de Minister van Financiën worden beoordeeld. Op grond van het wetsvoorstel is deze bevoegd zo nodig nadere regels te stellen. Uiteindelijk zal de rechter in aan hem voorgelegde gevallen van oplegging van bestuurlijke sancties kunnen beoordelen of aan de wettelijk vereiste functiescheiding is voldaan. De cumulatie van toezichttaken en de bevoegdheid bestuurlijke sancties op te leggen is overigens niet uniek voor dit wetsvoorstel. In het kader van de Mededingingswet, het wetsvoorstel Wijziging arbeidsomstandigheden en de Instellingswet OPTA geldt een soortgelijke problematiek en daar is eenzelfde oplossing gekozen. In het milieurecht, waarnaar deze leden in het bijzonder vroegen, bestaat (nog) geen bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boeten. Wel hebben op dat terrein de besturen van gemeenten, provincies en waterschappen alsmede de verantwoordelijke ministers al geruime tijd de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom. Hoewel niet wettelijk voorgeschreven, bestaat daarbij in de praktijk vaak wel een functiescheiding tussen de toezichthouders of opsporingsambtenaren die «in het veld» de overtredingen constateren, en degenen die beslissen omtrent het opleggen van de last. Van groot belang is dat het wetsvoorstel naast de wettelijke functiescheiding nog een aantal andere waarborgen tegen willekeur bevat. De leden van de PvdA-fractie wezen er terecht op dat, vanuit een oogpunt van rechtsbescherming, cruciaal is dat tegen ieder besluit tot oplegging van een dwangsom of een bestuurlijke boete een rechtsgang in twee instanties openstaat. Men wordt derhalve geen rechter in eigen zaak. Een andere belangrijke waarborg tegen willekeur is dat de hoogte van de boete niet wordt overgelaten aan het subjectieve oordeel van de toezichthouder (systeem van vaste tarieven). Ten slotte wordt gewezen op de situatie in het buitenland. In veel andere landen hebben financiële toezichthouders ook de bevoegdheid zelf een bestuurlijke sanctie op te leggen (verwezen zij naar de als bijlage bij deze nota gevoegde sectorale overzichten). In enkele landen is de toezichthouder hiernaast belast met de opsporing en vervolging van overtredingen van de toezichtswetgeving, waarbij men – anders dan in Nederland – over (vergaande) dwangmiddelen beschikt. Dit geldt bijvoorbeeld voor de SEC in de Verenigde Staten.²⁷

Dezelfde verwoording van de functiescheidingseis²⁸ werd met de inwerkingtreding van de Wet op het finan-

cieel toezicht op 1 januari 2007 opgenomen in artikel 1:88 van die wet. De regering gaf hier een toelichting die iets uitgebreider was dan gebruikelijk, gelet op de voorgeschiedenis:

Enige aparte aandacht verdient het feit dat tevens is gehandhaafd de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete door de toezichthouder. Zoals ook bij andere ‘marktautoriteiten’ (bijvoorbeeld de NMa, belast met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet) het geval is, is het daarmee één bestuursorgaan dat zowel toeziet op de naleving – en in het kader daarvan een overtreding kan constateren – als een punitieve sanctie (bestuurlijke boete) kan opleggen. Vanuit een oogpunt van slagvaardigheid van de toezichthouder is dit gewenst. Als waarborg tegen eventuele verstrengeling van belangen bij de uitoefening van de diverse bevoegdheden is uitdrukkelijk in het wetsvoorstel opgenomen dat de werkzaamheden in verband met het opleggen van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek. Daarbij komt dat de boete ter toetsing aan de bestuursrechter kan worden voorgelegd, en derhalve in zoverre geen onherstelbare sanctie is. De rechter toetst de hoogte van de boete «vol» (niet marginaal) en kan bovendien zelf, indien hij tot de conclusie komt dat de hoogte daarvan niet redelijk is gelet op de feiten van het voorliggende geval, een nieuwe boete vaststellen en deze in de plaats stellen van de aanvankelijk door de toezichthouder opgelegde boete. Gelet daarop voorziet het wetsvoorstel in voldoende waarborgen.²⁹

In het financiële bestuursrecht speelde ondertussen de wijziging en harmonisering van de boetestelsels in de financiële toezichtwetten en pensioenwetgeving. In de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving³⁰ uit 1 juni 2005 werd door de regering aangegeven dat zij voornemens was om de functiescheiding aan te scherpen. Ze schreef:

In het huidige systeem is aan het vereiste van functiescheiding door de toezichthouders uitvoering gegeven op het uitvoerende niveau. Nu de toezichthouders in het gemengde stelsel met flexibele boetes meer bevoegdheden zullen krijgen, is het van belang voor de rechtsbescherming van betrokkenen de functiescheiding verder aan te scherpen door deze door te trekken tot een hoger niveau van de organisatie van de toezichthouder.

Bij boeteoplegging wordt de volgende procedure gevolgd. Nadat een overtreding is geconstateerd, wordt het dossier door de afdeling toezicht ter advies voorgelegd aan een boetefunctionaris. Bij de toezichthouders zal een General Counsel worden geïnstalleerd die verantwoordelijk wordt voor de boetefunctionarissen. De General Counsel heeft geen hiër-

27. *Kamerstukken II 1998/99, 25821, 5, p. 3-4.* Zie hierover onder meer H.J. Sachse, ‘Onderzoek door financiële toezichthouders’, in: D.R. Doorenbos (red.), *Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*, Deventer: Kluwer 2000, p. 41-59.

28. Zie noot 25.

29. *Kamerstukken II 2003/04, 29708, 3, p. 17-18.*

30. *Kamerstukken II 2004/05, 30125, 2.*

chische rol en rapporteert direct aan het bestuur. De General Counsel doet – na advies van de boetefunctionaris – vervolgens voordracht voor een boete aan het bestuur. Noch de uitvoerend directeur, noch de onderzoeksafdeling is betrokken bij de besluitvorming omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete. De verplichting tot functiescheiding, die in diverse financiële toezichtswetgeving is opgenomen, wordt op deze wijze aangescherpt.³¹

Op deze nota volgde zo'n drie jaar later (16 mei 2008) het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving.³² In zijn advies drong de Raad van State aan op een zwaardere invulling van de functiescheidingseis:

Volgens de memorie van toelichting is door alle bij het wetsvoorstel betrokken marktpartijen aandacht gevraagd voor functiescheiding bij de toezichthouder. (...) [Artikel 10:3, vierde lid, Awb] belet niet dat de boete wordt opgelegd door een aan dezelfde afdeling verbonden directe collega of leidinggevende van degene die rapport heeft opgemaakt van de overtreding. De Raad is van oordeel dat uit een oogpunt van rechtsbescherming in dit geval, ook gelet op de hoogte van de op te leggen boetes, zwaardere waarborgen tot functiescheiding nodig zijn. De afdeling binnen de toezichthouder die het toezicht verricht dient niet meer betrokken te zijn bij het doen van een boetevoorstel. De Raad adviseert in het wetsvoorstel deze waarborg op te nemen en het daartoe aan te passen.

De regering volgde dit advies niet, en schreef daarover:

De Raad stelt in zijn advies dat er zwaardere waarborgen tot de functiescheiding moeten worden opgenomen dan die welke voortvloeien uit de vierde tranche Algemene wet bestuursrecht. De Raad adviseert onder meer om te regelen dat de afdeling waar de ambtenaar die het onderzoek uitvoert of die het rapport opstelt, niet betrokken mag zijn bij de beslissing om een bestuurlijke boete op te leggen. In de praktijk zullen de toezichthouders, de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), hun processen zo inrichten dat hieraan wordt voldaan. Immers, indien een door een toezichthouder vastgesteld boetebesluit wordt aangevochten, zal die toezichthouder moeten kunnen aantonen dat aan de verplichting tot functiescheiding is voldaan. Het is echter niet wenselijk om de toezichthouders tot een bepaald organisatorisch model te dwingen. Het wetsvoorstel Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is op dit punt helder: ingeval de op te leggen bestuurlijke boete hoger is € 340,- dient er sprake te zijn van functiescheiding. Het is aan de toezichthouders om hier in de praktijk invulling aan te geven.

31. Kamerstukken II 2004/05, 30125, 2, p. 16.

32. Stb. 2009, 327. Kamerstukken II 2007/08, 31458, 1-3.

De (meeste) bepalingen in de bijzondere wetgeving waarin de functiescheidingseis was verwoord, werden met de aanpassingswetgeving bij de vierde tranche van de Awb op 1 juli 2009 geschrapt ten gunste van artikel 10:3 lid 4 Awb.³³ De Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving trad een maand na de vierde tranche Awb in werking, op 1 augustus 2009. Artikel 1:88 Wft was toen al een maand geschrapt.

Een paar buitenlandse voorbeelden van functiescheiding

De Verenigde Staten, Frankrijk en België zijn landen waar vergaande wettelijke voorzieningen bestaan om binnen (zelfstandige) bestuursorganen een functiescheiding vorm te geven. Het is interessant om daar een korte blik op te werpen.

In de Verenigde Staten spelen de agencies een belangrijke rol in de overheidorganisatie en bij de vormgeving van het overheidsbeleid. Een groot aantal daarvan zijn independent agency met vaak ruime regelgevende én besluitvormende bevoegdheden. Daartoe behoren vaak ook ingrijpende bestuurlijke sanctiebevoegdheden, waaronder *civil penalties*.³⁴ Al in 1946 door het Congres besloten dat bij *agencies* onpartijdigheid zou moeten worden bereikt met een interne scheiding tussen de besluitvormende functie en de onderzoekende en vervolgende functie, zodat daarmee de kosten van een volledige (externe) scheiding zouden kunnen worden vermeden.³⁵ Deze *separation of functions* werd neergelegd in artikel 554(d) van de Administrative Procedure Act. Deze bepaling luidt voor zover van belang:

The employee who presides at the reception of evidence (...) shall make the recommended decision or initial decision required (...), unless he becomes unavailable to the agency. Except to the extent required for the disposition of ex parte matters as authorized by law, such an employee may not –

1. consult a person or party on a fact in issue, unless on notice and opportunity for all parties to participate; or
2. be responsible to or subject to the supervision or direction of an employee or agent engaged in the

33. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31124, 3, p. 46. Artikel 10:3, vierde lid, Awb luidt als volgt: 'Indien artikel 5:53 van toepassing is, wordt mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete niet verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.'

34. Zie Jeffrey S. Lubbers, *Administrative Law in the United States*, in: René Seerden (ed.), *Comparative Administrative Law*, fourth edition, Antwerp: Intersentia 2018, p. 357-415, met name p. 358-360 en 406-407.

35. Zie M. Asimow, 'When the curtain falls: separation of functions in the federal administrative agencies', *Columbia Law Review* 1981, 4, p. 759-820, met name p. 761. Uit rechtspraak van het Supreme Court komt naar voren dat deze 'hearing officer nonconsultation rule' niet alleen geldt voor externe contacten, maar ook voor interne contacten. Zie met name *Butz v. Economou*, 438 U.S. 478, 513-14 (1978).

performance of investigative or prosecuting functions for an agency.

An employee or agent engaged in the performance of investigative or prosecuting functions for an agency in a case may not, in that or a factually related case, participate or advise in the decision, recommended decision, or agency review (...), except as witness or counsel in public proceedings.

De betrokken medewerker van de *agency*, de hearing officer, is een Administrative Law Judge. Het gaat hier om rechters die deel uitmaken van een bestuursorgaan (§ 1305 U.S. Code; § 556 Administrative Procedure Act). Voor 1978 werden zij Hearing examiners genoemd.³⁶ Ook de Securities Exchange Commission heeft dergelijke *judges*.³⁷ Zij zijn onder meer betrokken bij de beslissing over de Order Initiating Proceedings (OID) van de Division of Enforcement van de SEC.³⁸ Zij horen overtreders en kunnen adviseren dat een bestuurlijke sanctie moet worden opgelegd. De sanctie wordt overigens niet door een Administrative Law Judge van de SEC opgelegd, maar door de SEC zelf. Ik vermoed dat deze regeling inspiratie is voor veel financieel-bestuursrechtelijke systemen in de wereld.

Wat dichter bij huis, in Frankrijk, zien we dat het debat over bestraffende sancties (*punition*) sterk verweven is met het debat over zelfstandige bestuursorganen (*autorités de régulation* of *autorités administratives indépendantes*). Ik wil hier wijzen op de uitspraak van 2 februari 1995 waarin de Franse constitutionele rechter (Conseil Constitutionnel) vaststelde:

Considérant qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; qu'en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle; que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties; *qu'en matière de délits et de crimes, la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle*. [cursivering van auteur]

De Franse constitutionele eis van de scheiding van uitvoering en rechtspraak (waartoe de bestraffende sanctieoplegging wordt gerekend) wordt hier uitdrukkelijk

beperkt tot het strafrecht. Van belang is echter ook het arrest van het Cour de Cassation van 5 februari 1999 Oury,³⁹ waarin dit gerecht oordeelde dat op grond van artikel 6 EVRM een lid van de toenmalige Franse beursautoriteit (COB) dat met het onderzoek was belast, niet tevens mocht deelnemen aan de beraadslaging over de sanctieoplegging.⁴⁰

In de uitspraak van de Conseil d'Etat van 3 december 1999 inzake *Didier*⁴¹ werd door de Franse Raad van State naar eigen zeggen met betrekking tot het beginsel van de onpartijdigheid ten aanzien van de toenmalige Conseil des marchés financiers een van deze beslissingen van het cassatiehof afwijkende conclusie getrokken over het beginsel van de onpartijdigheid op grond van artikel 6 EVRM. Er werd dus in Frankrijk uiteenlopend geoordeeld door de twee hoogste rechters.

Het aanbrengen van de scheiding tussen uitvoering en sanctieoplegging in een (zelfstandig) bestuursorgaan, het vormgeven van een functiescheiding, wordt in de Franse literatuur wel aangeduid als *juridictionnalisation*.⁴² Een belangwekkende wijziging is nog de wet waarmee de Franse Commission des opérations de bourse werd omgevormd tot de huidige Autorité des marchés financiers.⁴³ Op grond daarvan werd als onderdeel van de autoriteit een onafhankelijke Commission des sanctions gevormd die uitsluitend bevoegd is tot het opleggen van bestuurlijke boeten.⁴⁴ Deze commissie is samengesteld uit vier rechters en acht ambtenaren. De voorzitter van de commissie is een rechter. De rechters worden aangewezen door de Conseil d'Etat en het Cour de Cassation. Vergelijkbare sanctiecommissies zien we bij de Agence française anticorruption (AFA),⁴⁵ de Agence française de lutte contre le dopage (AFLD),⁴⁶ de Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR Banque de France),⁴⁷ en de Commission de régulation de l'énergie (CoRDIS). Uit een arrest van 9 maart 2017 van de Conseil Constitutionnel over de

39. Cour de Cassation (CC) 5 februari 1999, no. 97-16.441 (zie www.courdecassation.fr).

40. Een vergelijkbare beslissing, maar dan met betrekking tot de Conseil de Concurrence, werd gegeven door de handelskamer van het Cour de Cassation in de zaak SNC (Cass. Com. 5 octobre 1999).

41. Zie www.conseil-etat.fr. De uitspraak is te vinden via www.legifrance.gouv.fr.

42. E. Breen, *Gouverner et punir*, Presses Universitaires de France 2003, p. 189 e.v. Zie over de *cumul des fonctions répressives par la même autorité administrative* G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ 1997, p. 314-318. Dellis verwijst nog naar J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ 1967, p. 444 waar het gaat om de van het strafrecht afwijkende ratio achter het aanwijzen van één enkele autoriteit die is belast met de beschuldiging, het onderzoek en de sanctieoplegging.

43. Loi n°2003-706 du 1er août 2003.

44. Zie onder andere art. 621-15 Code monétaire et financier. Een uiteenzetting over de sanctieprocedure is te vinden op de website van deze autoriteit (www.amf-france.org). Zie over deze commissie: www.amf-france.org/L-AMF/Commission-des-sanctions/Presentation.

45. Zie www.economie.gouv.fr/afa/commission-des-sanctions.

46. [www.aflf.fr/communiqué-de-presse/\(persbericht over de commission des sanctions\)](http://www.aflf.fr/communiqué-de-presse/(persbericht%20over%20de%20commission%20des%20sanctions)).

47. <https://acpr.banque-france.fr/lacpr/colleges-et-commissions/commission-des-sanctions>,

36. Het gaat om een wijziging van de U.S. Code met Pub. L. 95-251 (zie www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-92/pdf/STATUTE-92-Pg183.pdf).

37. Zij werden tot voor kort benoemd door de S.E.C. zelf, maar op 17 juni 2018 besliste het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *Lucia vs. SEC* (585 U.S. (2018) no. 17-130) dat dit een presidentiële benoeming zou moeten zijn.

38. Zie voor meer informatie over het Office for Administrative Law Judges van de SEC www.sec.gov/page/aljsectionlanding.

Commission nationale des sanctions (CNS)⁴⁸ komt naar voren dat, indien de Franse wetgever de sanctieoplegging door een onafhankelijke commissie regelt, hij daarbij het onderscheid moet regelen tussen de fase van vervolging en onderzoek (*poursuite et instruction*) enerzijds en die van sanctieoplegging (*jugement*) anderzijds. Dat was in de betrokken bepalingen uit de Code monétaire et financier achterwege gebleven, waardoor deze wettelijke regeling in strijd met het grondwettelijke *principe d'impartialité* kwam.

België is beïnvloed door het Franse voorbeeld.⁴⁹ Ook de Belgische Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) en de Nationale Bank van België hebben een sanctiecommissie die administratieve sancties (bestuurlijke boetes) oplegt die worden voorbereid door een auditeur en nadat de overtreder is gehoord.⁵⁰ Ook deze commissies zijn samengesteld uit een combinatie van rechters van de Raad van State, het Hof van Cassatie en andere rechters, naast een tweetal andere leden.

In de Verenigde Staten, België en Frankrijk wordt de functiescheiding binnen (zelfstandige) bestuursorganen aanmerkelijk zwaarder vormgegeven dan in Nederland. Er zijn zelfs rechters betrokken bij de fase ter voorbereiding van het boetebesluit. In de VS zijn dit de Administrative Law Judges. In Frankrijk en België maken rechters deel uit van een afzonderlijk orgaan van het (zelfstandig) bestuursorgaan, de sanctiecommissie. Zij vormen daarin een meerderheid. In de VS bestaan zelfs al langere tijd strikte regels over het contact over de zaak van de Administrative Law Judges met anderen binnen en buiten het bestuursorgaan.

De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Onpartijdigheid en de rechterlijke toetsing van bestraffende besluiten zijn belangrijke elementen in de rechtspraak van het EHRM over boetebesluiten genomen door bestuursorganen. In een aantal arresten speelt daarbij de onpartijdigheid en de functiescheiding binnen (zelfstandige bestuursorganen) een rol. Deze rechtspraak speelt een rol bij de recente CBB-jurisprudentie over de functiescheiding en wordt hierna beschreven.

Het is vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en diverse constitutionele rechters van EU-lidstaten dat een systeem waarin bestuursorganen de bevoegdheid hebben om bestraffende sanc-

ties, zoals de bestuurlijke boete, op te leggen op zichzelf niet in strijd komt met artikel 6 EVRM (of het equivalent uit de nationale Grondwet) mits beroep openstaat op een onafhankelijke rechter en de verdedigingsrechten worden gerespecteerd. Deze rechtspraak van het EHRM geldt ook voor stevige bestuurlijke boetes opgelegd door marktautoriteiten.⁵¹ Maar kan de functiescheidingseis ook worden afgeleid uit artikel 6 EVRM indien het gaat om deze bestraffing door (zelfstandige) bestuursorganen?

Volgens het EHRM is de combinatie van onderzoeken- en justitiële functies bij bestraffende sancties in één overheidsorgaan niet in overeenstemming met de eisen van onpartijdigheid op grond van artikel 6 EVRM.⁵² Dat leidt echter niet tot strijd met artikel 6 EVRM indien de betrokkene toegang heeft tot een onafhankelijke en partijdige rechter. In het arrest *Grande Stevens* oordeelde het EHRM na de vaststelling dat in CONSOB de onderzoekende en justitiële functies in strijd met de eisen van onpartijdigheid waren verenigd:

The above findings concerning the CONSOB's lack of objective impartiality and the fact that the proceedings before it did not comply with the principles of a fair hearing are not, however, sufficient to warrant the conclusion that there has been a violation of Article 6 in this case. In this connection, the Court observes that the penalties complained of by the applicants were not imposed by a court at the close of adversarial judicial proceedings, but by an administrative authority, namely the CONSOB. While entrusting the prosecution and punishment of similar minor offences to such authorities is not inconsistent with the Convention, the person concerned must have an opportunity to challenge any decision made against

48. www.economie.gouv.fr/commission-nationale-sanctions/presentation-commission-nationale-des-sanctions-cns.

49. Zie reeds mijn annotatie CBB 9 februari 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AV2682, AB 2006/292.

50. Zie www.fsma.be/nl/sanctieprocedure, www.fsma.be/nl/news/leden-van-de-fsma-sanctiecommissie-benoemd en www.nbb.be/nl/over-de-nationale-bank/bestuur-en-toezicht/organen-van-de-bank/sanctiecommissie.

51. Zie EHRM 4 maart 2014, appl.nr. 18640/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, *Grande Stevens e.a. t. Italië*. Dit arrest had betrekking op beboeting door een Italiaanse financiële autoriteit, de Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB): www.consob.it. Het EHRM verwees hier naar EHRM 27 september 2011, appl.nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, *Menarini Diagnostics Srl t. Italië*, een uitspraak over de Italiaanse mededingingsautoriteit (de Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)), en naar een aantal uitspraken over Franse (markt)autoriteiten: EHRM 26 september 2000, appl.nr. 33933/96, ECLI:CE:ECHR:2000:0926JUD003393396, *Guisset t. Frankrijk* over de Cour de discipline budgétaire et financière; EHRM 27 augustus 2002, appl.nr. 58188/00, ECLI:CE:ECHR:2002:0827DEC005818800, *Didier t. Frankrijk* over de Conseil des Marchés Financiers (CMF); EHRM 3 december 2002, appl.nr. 53892/00, ECLI:CE:ECHR:2002:1203DEC005389200, *Lilly France S.A. t. Frankrijk* over de Conseil de la Concurrence, EHRM 19 mei 2009, appl.nr. 25041/07, ECLI:CE:ECHR:2009:0519DEC002504107, *Messier t. Frankrijk* over de Commission des sanctions van de Autorité des marchés financiers (AMF) en EHRM 11 juni 2009 appl.nr. 5242/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD000524204, *Dubus S.A. t. Frankrijk* over de Commission bancaire.

52. EHRM 4 maart 2014, appl.nr. 18640/10, ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD001864010, *Grande Stevens e.a. t. Italië*, par. 137. Het EHRM verwijst daartoe naar EHRM 1 oktober 1982, appl.nr. 8692/79, ECLI:CE:ECHR:1982:1001JUD000869279, *Piersack t. België*, par. 30-32 en EHRM 26 oktober 1984, appl.nr. 9186/80, ECLI:CE:ECHR:1984:1026JUD000918680, *De Cubber t. België*, par. 24-30.

him or her before a tribunal which offers the guarantees of Article 6.⁵³

Therefore, in administrative proceedings, the obligation to comply with Article 6 of the Convention does not preclude a 'penalty' being imposed by an administrative authority in the first instance. For this to be possible, however, decisions taken by administrative authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 § 1 of the Convention must be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction.⁵⁴ The characteristics of a judicial body with full jurisdiction include the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below. It must have jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it.⁵⁵ [noten door auteur toegevoegd]

Maar hoe zit het dan met het *Dubus*-arrest,⁵⁶ waarin het EHRM wel tot de conclusie kwam dat artikel 6 EVRM was geschonden nu er geen sprake was van een duidelijk organisatorisch onderscheid tussen 'les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire'? De genoemde Commission bancaire werd door het EHRM beschouwd als een gerechtelijke instantie (een 'tribunal'),⁵⁷ omdat de Franse wet bepaalde dat deze autoriteit bij het uitoefenen van de betrokken sanctiebevoegdheid (*le blâme*) moest worden beschouwd als een bestuursrechter, en dus niet als een bestuursorgaan.⁵⁸

Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat indien een onafhankelijke rechter bevoegd is onafhankelijk en onpartijdig een bestuurlijke boete vol te toetsen, ook zelfstandige bestuursorganen stevige bestuurlijke boetes kunnen opleggen. Het in datzelfde bestuursorgaan in strijd met de eisen van onpartijdigheid uit artikel 6 EVRM verenigen van de functies van toezicht of opsporing, vervolging en (bestraffende) sanctionering levert dan ook in zijn algemeenheid geen schending op van artikel 6 lid 1 EVRM.

53. Het EHRM verwijst hier naar EHRM 2 september 1998, appl.nr. 27061/95, ECLI:CE:ECHR:1998:0902JUD002706195, *Kadubec t. Slowakije*, par. 57; EHRM 16 november 2004, appl.nr. 53371/99, ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD005337199, *Čanády t. Slowakije*, par. 31 en EHRM 27 september 2011, appl.nr. 43509/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, *Menarini Diagnostics Srl t. Italië*, par. 58.

54. Het EHRM verwijst hier naar EHRM 23 oktober 1995, appl.nr. 15523/89, ECLI:CE:ECHR:1995:1023JUD001552389, *Schmutzer t. Oostenrijk*, en de eveneens op die dag in de zaken tegen Oostenrijk gewezen zaken van *Umlauf*, *Gradinger*, *Pramstaller*, *Palaoro* en *Pfarrmeier*.

55. Het EHRM verwijst hier naar EHRM 13 februari 2003, appl.nr. 49636/99, *Chevroi t. Frankrijk*, par. 77, ECHR 2003-III; EHRM 4 maart 2004, appl.nr. 47650/99, *Silvester's Horeca Service t. België*, par. 27, 4; en *Menarini Diagnostics S.r.l.*, par. 59.

56. EHRM 11 juni 2009, appl.nr. 5242/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0611JUD00524204, *Dubus S.A. t. Frankrijk over de Commission bancaire*.

57. Het EHRM verwees hier naar EHRM 22 oktober 1984, *Sramek t. Oostenrijk*, par. 36 en de vele daarop volgende jurisprudentie.

58. Art. L. 613-23 van de toenmalige code monétaire et financier (CMF) luidde als volgt: 'I. Lorsque la Commission bancaire statue en application de l'article L. 613-21, elle est une juridiction administrative (...).'

De uitspraken van de Rechtbank Rotterdam

Hiervoor heb ik een de benadering van de functiescheiding bij boetebesluiten in de Verenigde Staten, Frankrijk en België kort besproken en rechtspraak over de onpartijdigheid en de functiescheiding van het EHRM. Deze spelen al dan niet op de achtergrond mee bij de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam die tot de rechtspraak van het CBb hebben geleid die in deze bijdrage centraal staat. De Rotterdamse uitspraken worden hierna besproken.

In de uitspraak van 15 juli 2016⁵⁹ zette de Rechtbank Rotterdam nadere lijnen uit over de functiescheidings-eis. Daarbij werd aangesloten bij de hiervoor weergegeven opmerking van de regering in de toelichtende stukken bij de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving dat het niet wenselijk is om de marktautoriteiten tot een bepaald organisatorisch model te dwingen, en dat het aan de toezichthouder is om in de praktijk invulling te geven aan de functiescheiding. De rechtbank oordeelde hier over het verweer dat de AFM in strijd zou hebben gehandeld met onder meer het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb); degene die het boeterapport had opgesteld, was namelijk aanwezig geweest bij de hoorzitting en na afloop daarvan met de beslisambtenaren had gesproken zonder dat vertegenwoordigers van de belanghebbende die werd gehoord, daarbij aanwezig waren. Bij het daarop gevolgde getuigenverhoor door de rechtbank kwam naar voren dat de boetefunctionaris verschillende vragen had gesteld aan de toezichthouder, dat deze aanwezig was geweest bij de bespreking van de zaak na afloop van de hoorzitting en dat deze de bestuursvergadering had bijgewoond waar het bestuur van de AFM het besluit op bezwaar nam.

De rechtbank nam aan dat de wetgever ervan uitgaat dat de AFM in de praktijk zal voldoen aan de norm dat de ambtenaar die het onderzoek verricht niet wordt betrokken bij de besluitvorming over een op te leggen boete. Dit geldt naar het oordeel van de rechtbank zowel voor de primaire besluitvorming als voor de besluitvorming in bezwaar. En vervolgens voegde de rechtbank daar – in lijn met enkele uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak⁶⁰ – aan toe:

Uit het vereiste van functiescheiding vloeit naar het oordeel van de rechtbank niet voort dat ieder contact tussen een toezichthouder en een boetefunctionaris of een bezwaarbehandelaar verboden is. In het bijzonder staat geen geschreven of ongeschreven rechtsregel eraan in de weg dat bij de besluitvorming betrokken medewerkers van de AFM een toezichthouder om

59. Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5395. Daarna volgden: Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6836; Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1060 en Rb. Rotterdam 22 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2372.

60. ABRvS 23 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0355 is interessant in het licht van de recente CBb-uitspraken ABRvS 26 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:29 en ECLI:NL:RVS:2013:26.

feitelijke informatie vragen of een toezichthouder verzoeken aanwezig te zijn bij hoorzittingen of vergaderingen met als doel eventuele vragen van feitelijke aard te beantwoorden. Daarmee wordt die toezichthouder op zichzelf immers nog niet betrokken bij de besluitvorming en de afwegingen die in dat kader worden gemaakt. Het contact tussen een toezichthouder en een medewerker van de AFM die betrokken is bij de voorbereiding van de besluitvorming mag echter, gelet op het voorgaande, niet tot gevolg hebben dat die toezichthouder mede richting geeft aan de besluitvorming of dat de besluitvorming niet langer onbevangen en onafhankelijk van de toezichthouder plaatsvindt.

De rechtbank ging nog een stap verder door aan te nemen dat er op grond van zorgvuldigheid en het verdedigingsbeginsel transparantie mag worden verwacht als medewerkers die betrokken zijn bij de besluitvorming informatie vragen en verkrijgen van een toezichthouder. De rechtbank gaf zelfs aan dat aan deze eis 'op een eenvoudige manier' zou kunnen worden voldaan met een schriftelijk informatieverzoek van de medewerker betrokken bij de voorbereiding van het boetebesluit en een schriftelijke reactie door de toezichthouder.⁶¹

De rechtbank kwam uiteindelijk tot gegrondverklaring van het beroep en vernietiging van de bestreden boetebesluiten wegens strijd met artikel 3:2 Awb, maar meende dat de AFM niet haar recht had verwerkt om nog een bestuurlijke boete op te leggen. Het verzuim werd verwerkt in de hoogte van de bestuurlijke boete met een aanzienlijke matiging (50 procent).

In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 september 2016 vinden we dezelfde benadering en overwegingen terug, zij het dat het niet tot gegrondverklaring van het beroep kwam, omdat het gebrek met artikel 6:22 Awb hersteld werd. De rechtbank kwam hier niet tot een matiging van de boete.

Ook hier oordeelde de rechtbank over de situatie dat de toezichthouder bij de hoorzitting aanwezig was en na afloop in de hoorruimte achterbleef, zonder dat de belanghebbenden daarbij aanwezig waren. Ook hier werden de betrokken AFM-medewerkers als getuigen gehoord. Daaruit kwam naar voren dat de boetefunctionaris vragen had gesteld aan de toezichthouder die verband hielden met de draagkracht van de belanghebbende, en dat deze toezichthouder de bestuursvergadering had bijgewoond waar het primaire boetebesluit werd genomen. Ook was deze medewerker aanwezig bij de zitting van de voorzieningenrechter evenals bij de bespreking van de zaak voorafgaand en na afloop van de hoorzitting in bezwaar. Op enig moment werd de toezichthouder het voornemen medegedeeld de grondslag van de boete te veranderen, en daarop zou hij hebben gezegd dat jammer te vinden.

61. Ik wijs erop dat de ACM werkt met een verklaring van niet-betrokkenheid die wordt opgenomen in het dossier. Zie daarover bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8642.

In de uitspraak van 26 januari 2017⁶² oordeelde de Rechtbank Rotterdam over de stelling dat de AFM bij de behandeling van de voorlopige voorziening onder meer werd vertegenwoordigd door de toezichthouder die het boeterapport had opgesteld. Deze toezichthouder was ook aanwezig bij de hoorzitting in bezwaar en stelde daar vragen. Hij was voor de hoorzitting al aanwezig en bleef in de hoorruimte achter, zonder dat de belanghebbende daarbij aanwezig was. Ook hier kwam de rechtbank tot een gegrondverklaring van het beroep, vernietiging van het bestreden besluit wegens strijd met artikel 3:2 Awb, en tot dezelfde aanzienlijke matiging (50 procent) van de bestuurlijke boete.

De CBb-rechtspraak

In zijn uitspraken van 12 oktober 2017⁶³ stelde het CBb onder meer vast dat de functiescheidingseis van artikel 10:3 lid 4 Awb niet van toepassing was, omdat er geen sprake was van mandaat. Zowel het primaire boetebesluit als het besluit op bezwaar werd immers genomen door het bestuur van de AFM. Het CBb constateerde dat met de aanpassingswetgeving artikel 1:88 Wft (oud) werd geschrapt, en leidt daaruit af dat de wetgever geen verdergaande functiescheidingseis bedoelde aan te nemen, dan de in artikel 10:3 lid 4 Awb neergelegde eis. Daarbij neemt het CBb kennelijk aan dat er een ongeschreven functiescheidingseis zou kunnen bestaan op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel, indien artikel 10:3 lid 4 Awb niet van toepassing is.⁶⁴

Van belang is dat het CBb met de rechtbank van oordeel was dat het contact tussen een toezichthouder en een medewerker van de AFM die betrokken is bij de voorbereiding van de besluitvorming niet tot gevolg mag hebben dat die toezichthouder mede richting geeft aan de besluitvorming of dat de besluitvorming niet langer onbevangen en onafhankelijk van de toezichthouder plaatsvindt. Hieruit kan echter evenmin een functiescheidingseis worden afgeleid die verder gaat dan het mandaatverbod van artikel 10:3 lid 4 Awb.

Anders dan de rechtbank meende het CBb dat de AFM niet uit het oogpunt van transparantie en op grond van het zorgvuldigheids- en het verdedigingsbeginsel gehouden is om inzicht te geven in de contacten van medewerkers van de AFM die betrokken zijn bij de besluitvorming en toezichthouders. Een verbod van dergelijke contacten ging het CBb te ver, ook al omdat naar zijn oordeel dergelijke contacten kunnen bijdragen aan

62. Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1060.

63. CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, AB 2018/41 m.nt. R. Stijnen (hoger beroep van Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5395) en CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42 m.nt. R. Stijnen (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:68376).

64. Dat leid ik af uit de door mij gecursiveerde formulering 'de wetgever bedoeld heeft het functiescheidingsvereiste, ook voor zover dit uit een algemeen rechtsbeginsel zoals het zorgvuldigheidsbeginsel zou voortvloeien, een ruimere strekking te geven dan in artikel 10:3, vierde lid, Awb, is neergelegd.'

de kwaliteit van de besluitvorming. Ook is het volgens het CBB aan het bestuur van de AFM om te bewaken dat de voorbereiding van de besluitvorming zonder vooringenomenheid plaatsvindt. Het College overwoog onder meer:

Het College overweegt verder dat de Awb niet een regel bevat die verbiedt dat degene die is belast met (de voorbereiding van) de besluitvorming omtrent het opleggen van een boete dan wel het beslissen op een bezwaarschrift gericht tegen een opgelegde boete, in het kader van (de voorbereiding van) die besluitvorming contact heeft met de toezichthouder die van de (te) beboete(n) overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt. Een dergelijk, vérstrekkend verbod vloeit ook niet voort uit een algemeen rechtsbeginsel, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. Daarom is niet van belang welke contacten er zijn geweest tussen de toezichthouder(s) enerzijds en de boete-functionaris, de bezwaarbehandelaar(s) en/of (de leden van) het bestuur van AFM anderzijds, zodat ook geen inzicht in de aard en omvang van die contacten hoeft te worden verschaft. Het verdedigingsbeginsel noopt daar ook voor het overige niet toe, omdat alle feiten en omstandigheden waarop AFM de boetes heeft gebaseerd zijn vermeld in de boeterapporten die aan de bestreden besluiten ten grondslag liggen en dus bij appellanten bekend zijn. Feiten en omstandigheden die niet aan de bestreden besluiten ten grondslag zijn gelegd, zijn appellanten dus ook niet tegengeworpen en vallen buiten de grenzen van het geding, zodat zij zich daartegen ook niet hoeven te verdedigen. Het College ziet daarom geen reden om AFM in dit geval op te dragen, (...) alle bij AFM beschikbare gegevens, zoals e-mails, agenda-afspraken en interne gespreksnotities, omtrent die betreffende contacten over te leggen.

Het College zag in de gedingstukken geen aanwijzingen dat de leden van het bestuur van de AFM, de boete-functionaris of de bezwaarbehandelaars hun taken niet zonder vooringenomenheid hebben vervuld. Ook stelde het vast dat er werd gewerkt volgens een werkwijze die waarborgt dat de primaire besluiten worden voorbereid door andere functionarissen dan degenen die het boetevoornemen hebben voorbereid en de beslissingen op bezwaar eveneens door weer andere functionarissen, zodat het bestuur van de AFM bij het nemen van de besluiten zo veel mogelijk onbevooroordeeld advies kreeg.

In de uitspraken van 19 maart 2018⁶⁵ en 7 augustus 2018⁶⁶ sloot het College van Beroep voor het bedrijfsleven aan bij zijn interpretatie van het functiescheidingsvereiste in de zojuist weergegeven uitspraken van 12 oktober 2017, maar voegt daar – door het betrokken verweer uitgedaagd – enkele overwegingen over de arti-

kelen 47 en 48 van het Handvest en artikel 6 EVRM aan toe. De AFM is geen gerecht in de zin van artikel 47 Handvest, en de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voldoen aan de eisen die zowel artikel 6 EVRM als het unierecht aan de (toetsings)bevoegdheid van de rechter stelt indien eerst een bestraffende sanctie wordt opgelegd door een bestuursorgaan.⁶⁷ Er was volgens het CBB geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen.

Beoordeling CBB-rechtspraak

Het CBB haalt een streep door de lijn van de Rechtbank Rotterdam die met het zorgvuldigheidsbeginsel en het verdedigingsbeginsel trachtte juridische normen te creëren om beter controleerbaar te maken dat aan de functiescheidingseis wordt voldaan. De door de rechtbank uit deze eisen afgeleide normen gingen te ver. Wel moet toch worden vastgesteld dat een praktijk van een bestuursorgaan waarin de overtreder en zijn gemachtigde moeten vaststellen dat ondanks het bestaan van de functiescheidingseis en het verbod van vooringenomenheid toezichthouders en bezwaarbehandelaars in de hoorruimte aanwezig blijken te zijn of blijven voorafgaand aan en aansluitend aan het horen van de belanghebbenden zeer onwenselijk is, en eigenlijk onbehoorlijk (ook al niet noodzakelijkerwijs onrechtmatig). Dat hoort gewoon niet, wat mij betreft.

Ik vermoed dat het CBB niet heeft willen afdoen aan de eisen uit het zorgvuldigheidsbeginsel en het verdedigingsbeginsel aan het bestuursorgaan over het *desgevraagd* inzichtelijk maken van de contacten tussen de twee zijden van de *Chinese walls* om de overtreder in staat te stellen na te gaan of inderdaad is voldaan aan de functiescheiding en het verbod op vooringenomenheid. Het CBB heeft niet mee willen gaan met de door de rechtbank verder gaande eisen.

Afronding

In het algemeen bestuursrecht heeft de wetgever een zeer lichte functiescheidingseis neergelegd, zodat deze voor alle situaties een geschikte norm biedt. De mandaatbeperking geldt zowel voor de zeer kleine overheidsorganisatie en lichte boetebevoegdheden⁶⁸ als voor grote overheidsorganisaties en zware boetebevoegdheden. Juist in het economische en met name financiële bestuursrecht laten buitenlandse voorbeelden zien dat de bijzondere wetgever ook een aanmerkelijk zwaardere functiescheiding zou kunnen regelen voor het opleggen

65. CBB 19 maart 2018, ECLI:NL:CBB:2018:53 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1060).

66. CBB 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:413 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 24 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4815).

67. Het CBB verwijst hier nog naar Gerecht 27 maart 2014, gevoegde zaken T 56/09 en T 73/09, *Saint-Gobain Glass France SA e.a./Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2014:160.

68. Ik wijs erop dat vrijwel geen enkele boeteregeling onder de lichte boeteprocedure valt (die immers in beginsel geldt voor bestuurlijke boetes van maximaal EUR 340), en dat dus vrijwel steeds het mandaatverbod van art. 10:3 lid 4 Awb geldt.

van bestuurlijke boetes of zware andere sancties en maatregelen. Ik heb gewezen op de regels in de APA over de functiescheiding en de Administrative Law Judges in de Verenigde Staten en op de sanctiecommissies bestaande uit leden van de rechterlijke macht en andere personen in Frankrijk en België. In Frankrijk lijkt dit te zijn afgedwongen door de constitutionele rechter die Nederland niet heeft. De rechter in Nederland kan een dergelijke organisatie niet opleggen aan een bestuursorgaan. Het is de wetgever die een dergelijke verdergaande functiescheiding zou moeten regelen. In het financiële bestuursrecht was de wetgever dat aanvankelijk ook van plan, maar hij heeft daarvan afgezien. Nederland zoekt nauw aansluiting bij de lijn die de rechtspraak over artikel 6 EVRM en 47 Handvest biedt: indien er volledige rechtsbescherming bij de onafhankelijke rechter mogelijk is tegen boetebesluiten van bestuursorganen, dan is het niet nodig om een strenge scheiding van machten in de organisatie van die organen neer te leggen. Voor Frankrijk geldt dezelfde Europese rechtspraak, maar eist het nationale constitutionele recht een dergelijke scheiding. Nu de boetemaxima steeds hoger worden, wordt wat mij betreft de druk groter op de waarborgen die in de besluitvormingsfase hebben te gelden. Dat geldt zeker voor verdedigingsrechten, en waarschijnlijk ook voor functiescheiding. Het is echter de wetgever (of het bestuursorgaan zelf) die dat in aanvulling op artikel 10:3 lid 4 Awb in de bijzondere wet zou moeten regelen.